

〈論 説〉

水資源の保全と利用に関する基礎理論

— 健全な水循環系の構築のために —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 流水の性質決定
 - (1) 河川の流水の法的性質
 - (2) 地下水の法的性質
- 3 健全な水循環の確保と地下水の利用制限に関する法理
 - (1) 地下水に関する共同利用の理論
 - (2) 健全な水循環の確保の理念と土地所有権
 - (3) 健全な水循環を確保しうる地下水利用制限の具現化
- 4 水源保護のための差止理論
 - (1) 差止請求の法的根拠としての人格権と水利用権限
 - (2) 水資源の要保護性に基づく差止請求
 - (3) 流域における水秩序
- 5 水資源をめぐる公と私
 - (1) 流水の公共性と排他的利用
 - (2) 水資源の公共性と水利用権限の私権性
- 6 むすびにかえて

1 はじめに

近時、水資源の保全と利用のあり方を論じる際には、健全な水循環系の構築またはかかる水循環の確保が重要な理念として認識されている。「健全な水循環系」の概念については、健全な水循環系構築に関する関係省庁連絡会議によって、「流域を中心とした一連の水の流れの過程において、人間社会の営みと環境の保全に果たす水の機能が、適切なバランスの下にともに確保されている状態」と定義されている。¹⁾

中央環境審議会意見具申を受けて閣議決定された平成12年の第二次環境基本計画および平成18年の第三次環境基本計画においても、「環境保全上健全な水循環の確保に向けた取組」が今後重点的に取り組むべき戦略的プログラムのひとつとして位置づけられ、流域を単位とした水循環計画の策定の必要性が示唆³⁾されている。

しかしながら、水循環に関する施策については、現在のところ一般化された方策は存在していない。各地域における流域の水循環系の健全化に向けた具体的な施策について、その取り組みの方向性が示された段階にすぎないのである。³⁾

一方、健全な水循環系の構築と水資源の利用との関係については、前者によって後者が制限されるという大枠の理解にとどまっており、両者のあり方を検討したうえで、それらを接合する法理論について十分な議論がなされていない現状にある。そこで、河川水および地下水の法的性質、水循環の重要な構成要素である地下水の利用制限に関する理論、地表の水循環の起点である水源の保護のための法的手段、流水採取の可否を判断するための水の性質決定論である公水私水区分論等について、水循環を前提とした法理論を考察する必要があると考える。

本稿は、健全な水循環系構築のために求められる水資源の保全と利用に関する基礎理論について考究することを目的とする。具体的には、河川水および地下水の法的性質ならびに健全な水循環を確保しうる地下水の利用制限に関する法理を検討したあとで、水源保護のための差止請求の法的構成について論じ、最後に水資源の公共性とその排他的利用を接合する理論について究明することとしたい。

2 流水の性質決定

(1) 河川の流水の法的性質

現行法制上、河川の流水の法的性質について直接定めた規定は存在しない。ただ、明治23年に公布された旧民法は、流水について、つぎのような条文を用意していた。

すなわち、旧民法財産編25条は、「公共物トハ何人ノ所有ニモ属スルコトヲ得

スシテ総テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ空気、光線、流水、大洋ノ如シ」と規定していたのである。つまり、旧民法では、流水は、だれの所有にも属せず、だれでもそれを使用することができる「公共物」と解釈したのである。

本条の考え方は、フランス民法を通じて、ローマ法の影響を強く受けている。すなわち、ローマ法にいう「共通物 (res communes)」概念が日本法に影響を与えたと指摘できるのである。ローマ法にいう「共通物」とは、自然法上、人類の共通の物とされ、かつ、すべての市民の利用に供された物をいい、空気、流水、海、海岸がこれに該当する。⁴⁾

旧民法以降の立法において、これと異なる立場を明確に示した規定はない。そうである以上、日本の現行法制において、流水＝「公共物」とする旧民法の見解は、現行民法に継受されているといっても過言ではない。したがって、旧民法財産編25条を根拠として流水＝「公共物」と解釈することが妥当であろう。⁵⁾

このように考えるならば、河川の流水について私権の目的となることができないと定めた河川法2条2項は、河川水につき何人の所有にも属しない旧民法のいう「公共物」と解して私権を排除し、河川管理者の管理のもとに置いたと理解することができる。そして、私権の目的とはならない河川の流水は、原則として自由に使用できるが（一般使用）、その流水を継続的、排他的に使用するためには、そのように使用してきた慣行によって水利権が成立するか（慣行水利権）、または河川管理者から流水占用の許可を受けること（許可水利権）が必要とされるのである。

(2) 地下水の法的性質

河川の流水を旧民法のいう「公共物」と解するならば、地下の流水たる地下水はどのように捉えられるであろうか。河川の流水と同列に扱い、「公共物」と解すべきであろうか。

地下水の法的性質に関する解釈を大別すると、地下水を土地所有権との関係で位置づけようとする考え方と、地下水を土地所有権とは切離して独立した水資源として捉えようとする見解がある。⁶⁾

前者は、民法207条を根拠として、土地所有権はその地中に存在する地下水に

対する支配権能を内包するから、土地所有者は地下水を利用することができる⁷⁾と解する考え方である。地下水の利用に関して最初に言及した判例である大判明治29年3月27日民録2輯3巻111頁は、「地下ニ浸潤セル水ノ使用権ハ元來其土地所有權ニ附從シテ存スルモノナレバ其土地所有者ハ自己ノ所有權行使上自由ニ其水ヲ使用スルヲ得ルハ蓋シ當然ノ条理ナリトス」として、土地所有者が自由に使用できると判示している。

これに対して、後者は、地下水を河川の流水と同列に取り扱い、それを公水と解して、公共的管理のもとに置かれるべきであるとする見解である⁸⁾。当説は、地表水と地下水を統合的に把握する考え方に親和的であるとともに、地下水の採取制限を定めた条例による地下水管理の実態に適合する理論であるとも指摘⁹⁾されている。

土壌は土地の構成部分であるが、その中に含有される水を除外して土地は成り立たない。農地としてはもとより、宅地としても土地は土壌中の水なくしては存在しえないことを軽視すべきではないのである。地下水と密接な関係にある土壌に関する制定法である土壌汚染対策法は、地下水の法的性質を考察するに際し有益な視座を供与する。

土壌汚染対策法7条1項は、土壌汚染の原因者が特定でき、その者に責任を追及することが相当である場合には行為責任を問うことができるが、それ以外の場合には土地所有者が責任を負わねばならない旨を定める。本条は、汚染原因者が特定できない場合に誰も責任を負わず、制度に穴があくことを防ぐために¹⁰⁾設けられた規定であるといわれている。

土壌汚染の拡散は、土壌水を含む地下水を経由してなされることが多いが、汚染の除去、拡散防止等の措置を土地所有者等に負担させておきながら、他方で地下水には土地所有権の効力が及ばないとして地下水の利用権限を否定したのでは、土地所有者に地下水の採取利益は認めないが、土壌汚染の責任は追及するという不公平な結果を招くことになる。土壌汚染の責任を土地所有者等に負わせるからには、土壌汚染に密接に関連している地下水の利用権限も同一次元で扱うことが合理的であろう。したがって、土壌汚染の責任および地下水利用の権限は並列的に土地所有者のもとにあると解するほうが整合的であると考えられるのである¹¹⁾。

地下水の特質は、流動性と地盤支持機能にある。地下水を土地の構成部分とする見解に異を唱える学説は、地下水は流動性を有するから支配に適さないという。しかし、地中に存在する物質が流動的か固定的かということによって、土地の本質に変化が生じるわけではない。流出および流入してくるものが同質である限り、法的には土地の構成部分は同一性を保持していると解すべきであろう。¹²⁾この意味において、地下水は土地の流動的構成部分であると称することができるのである。

地下水は、地盤を支持するという重要な機能も担っている。地下水の過剰揚水によって地盤沈下が生じた場合は、地下水の地盤支持機能の喪失による地盤支持権の侵害と捉え、¹³⁾土地所有者が直接、侵害者に対して物権的請求権を行使するとともに不法行為として法的救済を求めようと解することが妥当であろう。このような立論は、地下水が土地の構成部分であることを前提に成り立っている。

地下水の法的性質を土地の構成部分と解すれば、地下水障害が生起した土地の所有者がその原因者に対して直接的に物権的請求権を行使するとともに不法行為に基づく損害賠償を請求していくことができるが、その性質を公水と解すると、地下水の管理責任が前面に出ることになり、被害者が原因者に対して直に救済を求めていくことは、二次的な位置づけとならざるを得ないであろう。法的救済のあり方としては、被害者が原因者に対して直接に追及できるという本来的な構造を基本に据えるべきである¹⁴⁾と考えるのである。

地下水を公水と解する立場は、それを地下資源の一種と捉え、公的管理のもとに置かれるべきである¹⁵⁾と考える。しかし、当説に関しては、地下水の管理者がその管理責任を問われることについて看過されてはならない。公水とされる河川水の場合は、河川管理者（公共団体）がそれを管理し、またその責任も負うという構図のもとで河川水＝公水が成り立っているのである。したがって、地下水を公水と解することは、地下水が管理の対象とされ、管理者がその責任を問われることを意味するのである。

地方公共団体が条例によって地下水を公水と規定したときには、河川水と同様に、地下水についても地方公共団体がその管理責任を負わなければならない。しかしながら、不可視かつ流動性を有する地下水を管理することは容易ではな

い。地下水を管理するためには、その流動システムを解明し、地下水がある程度管理可能な状態になっていることが要請される。¹⁵⁾地下水保全のために地下水を公水と定めて、地方公共団体の管理のもとに置くことは、法理論的には地下水の管理可能性を前提としなければ成り立たないからである。

3 健全な水循環の確保と地下水の利用制限に関する法理

(1) 地下水に関する共同利用の理論

地下水を土地の流動的構成部分と解するならば、地下水流が存する土地の所有者が地下水の利用権限を有することになるが、どのような視点からこの地下水の利用権限を制限すればよいのであろうか。それは、地下水の水脈が同一であれば、その採取は水脈の同一性によって制限を受けざるをえない点に求められるべきである。

判例においても、水脈が同じである地下水について、その水脈が存する土地の所有者の共同資源と捉え、そこから地下水利用の合理的制約が導出されると解する松山地宇和島支判昭和41年6月22日下民集17巻5＝6号490頁や、地下水は水脈を通じて流動するものであり無限ではないとの理由から地下水利用権限は合理的制約を受けるとする名古屋高判平成12年2月29日判タ1061号178頁がある。

土地所有者による地下水利用の制限の根拠をその水脈の同一性に求めるならば、具体的にその制限はつぎのように説示できる。すなわち、同一の地下水流が存する土地の所有者は、共同でその地下水を利用しなければならない。¹⁶⁾つまり、同一の地下水流が存する土地の所有者は地下水利用について共同で利益を享受しなければならないのである。前掲の判例で示された地下水利用権限の合理的制約とは、ここにいう同一地下水流が存する土地の所有者間における地下水の共同利用による制限と解することができよう。要するに、地下水は、その利用が同一地下水流のある土地の所有者の共同の利益享受によって制限を受ける、土地の流動的構成部分であると解することができるのである。¹⁷⁾

カリフォルニア州をはじめとするいくつかのアメリカ合衆国の法域は、地下水の利用に関して相関権のルールを適用している。同ルールは、地下水が存す

る土地のすべての所有者が地下水盆（water basin）について公平な共有を主張できる相関権を有するという準則である¹⁸⁾。地下水が存する土地の所有者相互間においてその公平な共有を要求できるとする相関権のルールの考え方は、地下水脈の同一性を論拠として地下水利用を限界づける本稿のアプローチと同根のものであると考えられよう¹⁹⁾。

（2）健全な水循環の確保の理念と土地所有権

前述したように、土地所有者による地下水利用の制限の根拠をその地下水脈の同一性に求めるならば、同一の地下水流が存する土地の所有者は、共同でその地下水を利用しなければならないと解される。この同一地下水流が存する土地の所有者間における地下水の共同利用の考え方は、健全な水循環の確保の理念に立脚してはじめて持続性を有することになる。なぜならば、いくら同一の地下水流が存する土地の所有者間で地下水を共同利用するといっても、その共同利用によって地下水障害が発生し、健全な水循環が破壊されてしまえば、その利用は持続的かつ安定的に維持できなくなるからである。

したがって、地下水の利用は、その継続的利用によっても地下水障害が生じられることなく、健全な水循環が確保されることを第一義として解釈されねばならないのである。それゆえ、健全な水循環の確保という理念から、健全な水循環を損なうような地下水の利用をしてはならないという規範が導き出されるのである²⁰⁾。

それでは、かかる規範の理論的根拠をどこに求めるべきであろうか。この点については、土地と水の管理手法である統合的土地・水資源管理および土地の特性に基づく所有権の制約の観点から考察することが有益である。

第1に、水資源管理をめぐる近時、土地利用が水循環にいかなる影響を及ぼすかという問題が関心を集めている。水は土壤に浸透し土壤のなかを動くため、土壤が劣化すると、水の量や質に影響が出ることになる。土壤劣化によって流域の水文学的特性や水循環の状態も変化するのである。そこで、統合的水資源管理（IWRM）²¹⁾においては、土地という構成要素も統合することが不可欠であるという認識が広がり、「水資源、土地およびその他の環境資源の公平で、効率的で、かつ持続可能な利用のために、調和のとれた計画を立てて管理

する」という統合的土地・水資源管理（ILWRM）²³⁾の重要性が指摘されている。²⁴⁾²⁵⁾

水資源管理に関する議論の際には、統合的水資源管理の思考を基盤に置くことが肝要であるが、なかでも水資源と土地利用の相互関係を十分に考慮し、水と土地の維持管理を統合的にみていく視座が不可欠である。水利用は土地を受け皿として成り立っているうえ、水循環も土地の存在なくしてはありえない。さらに、地下水は水循環の過程のなかで、地中の水脈として水循環の健全性を支える主役的な役割を果たしている。このように土地と水循環は密接不可分な関係にあるのである。それゆえ、健全な水循環の確保の理念については、土地利用と水循環の相互関係が重要な要素となる。流域における土地利用の形態が水循環に影響を与えることを顧慮するならば、水循環の健全性の確保を論拠として当該流域における土地利用を規制することも視野に入れることができよう。²⁶⁾要するに、土地利用の規制のあり方を考究することにより、健全な水循環系構築の方途を探ることができるといっても過言ではないのである。

第2に、土地の特性に基づく所有権の制約について、土地基本法2条の考え方を参考に展開していきたい。²⁷⁾

土地基本法2条は、「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に関係する特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする」と定め、土地についての公共の福祉優先に関して規定する。当法条では、「土地については、公共の福祉を優先させる」との文言の前に、他の財産にはみられない土地の特性について指摘されている点²⁸⁾が重要である。これを文理解釈すれば、土地がもつ他の財産にはみられない特性を論拠にして、公共の福祉優先を要請していると解することができる。そして、土地基本法制定以前にも、土地収用法、都市計画法、建築基準法等によって、土地に対する私権と公共の福祉との調整が図られ、私権が制限されてきたことを考慮すれば、本条も他の法律のそれと同様に解釈することも可能である。

ところが、この点につき、土地利用に対する規制は、公共の福祉の見地から

必要最小限の規制に限られるべきであるとする「必要最小限規制の原則」に対する修正であると解する学説がある。³¹⁾ 当説は、必要最小限の内容および意味について、土地の有する特性に鑑みれば他の私権の場合と決して同じではないと説述し、『土地』という資源を、将来の世代と共々に有効に利用することを考えようとする発想に立つならば、(中略)『土地の節約的利用』『将来に備えてのリザーヴ』という目的もまた、土地に対する私権に優先する『公共の福祉』であるということが、承認されなければならない」と言及する。すなわち、従来の土地関連立法の前提として存在したような意味における「必要最小限の規制」ではなく、それを超えた規制の原理を土地基本法2条に求めているといえるであろう。³²⁾ それは、現在における土地利用のみではなく、将来における(将来の世代のための)土地利用も視野に入れた土地所有権の制限理論なのである。

このような立場は、環境法の領域では親和性のある考え方である。すなわち、土地所有権と自然環境との関連性を重視し、土地の公共性にに基づきその所有権を制限することによって環境保全の理論を導き出すのである。たとえば、土地所有権者の自由の尊重が、開発を進める側に有利に用いられ、所有権の行使であるならば環境に悪影響を与えても構わないと理解されたために、際限のない開発がなされ、公害の発生と自然環境の破壊がもたらされたとの反省から、環境共同利用権の承認によって土地所有権を制限しようとする見解がある。この説によれば、土地の所有権を環境共同利用権の対象と捉え、土地所有権が環境共同利用権によって制限を受けるとし、環境共同利用権は公共性を有するから、その制限は公共性を帯びるのであり、土地所有権に内在する制限でもあると説述する。³³⁾ また、土地所有者には生態系を害するような土地利用(開発)の制限が課せられ、土地の生態学的な公共性ゆえに、環境保護のための公共的規制の基礎が与えられると解する学説もある。³⁴⁾

かかる見地と同次元で土地所有権を捕捉し、水循環を支える土地の特性およびその公共性を理由に、健全な水循環の確保の理念を土地所有権の内在的制約と解することができる。すなわち、健全な水循環の確保という観念を地下水利用権限の基盤である土地所有権に対する内在的制約と捉えることにより、地下水利用を水循環の健全性によって制限する規範である、健全な水循環を損なうような地下水の利用をしてはならないというルールを導出することが妥当であ

ると考えるのである。

(3) 健全な水循環を確保する地下水利用制限の具現化

地下水は健全な水循環を損なわないように共同で利用されなければならないが、問題は地下水の共同利用の具体的内容である。本来なら、同一地下水流が存する土地の所有者間の合意によって、当該流域の水循環の健全性を確保する地下水の共同利用の具体的内容が決定されるべきであろうが、地下水は不可視であるため、どの土地所有者との間に共同利用関係が成り立つのか、また、それが明らかになったとしても、各土地所有者が採取する適切な水量を掌握することは容易ではない。しかも、水利用の用途は飲用から工業用まで様々であり、なかには水道事業者が地域住民の水道水源として利用する場合もある。かかる事情を考慮すれば、同一地下水流が存する土地の所有者が地下水の共同利用の内容を具体的に決めるのは至難の業であろう。

そこで、地方公共団体がその地域の水環境を総合的に勘案し、地下水の保全と合理的利用の調和を図る条例を制定することによって、健全な水循環を確保する地下水利用の具体的基準を提示することは、現実的かつ有益な手立てとして容認されよう。このような条例が定める地下水の採取制限等は、水循環の健全性を確保する土地所有者間の地下水の共同利用の考え方を具現化していると解される。そして、かかる理解によって、健全な水循環の確保の概念が、地下水の保全と合理的利用の調和の考え方の基底に据えられた理念として確立されることになるのである。³⁵⁾

地下水に関する具体的諸問題は、当該地域特有の問題である。地下水の涵養が十分になされる地域とそうでない地域、水道水源を地下水に頼っている地域とそうでない地域、また、地域の地形、地質構造、天候等によっても、地下水を含む水循環は大きく影響を受ける。このような地下水の地域特性を認識したうえで、地下水の保全と利用の要請を調整することが不可欠である。

地域特性を論ずるにあたっては、行政単位としての地方公共団体を念頭に置くのではなく、水循環の観点から流域の概念を用いて議論する必要がある。流域とは、陸域における水文循環によって区別される地域のことをいうが、健全な水循環を確保するためには、流域を単位とした水の動きをみるのが肝要で

あるからである。³⁶⁾また、流域については地域の労働市場を形成する社会経済的な取引範囲とも重なる傾向も指摘されており、河川流域の連携をベースとした新たな政策の展開に期待が寄せられている。³⁷⁾

当該流域において、健全な水循環の確保の見地から地下水の採取が許されるか否か、また許容されるとすればどのくらい採取可能かを判断するにあたっては、全国一律的な基準で規制することは、流域の水循環の健全化にとって適切であるとは言い難い。また、地下水への依存は、社会経済状況によっても左右されることが容易に推測できる。それゆえ、社会経済的背景を包む流域の特性を十分に考慮して、地下水の保全と利用のあり方を考えることが重要である。³⁸⁾したがって、制定法によって画一的に地下水採取を規制し、国家がその採取権限を付与するのではなく、流域の健全な水循環の確保の理念に立脚した地下水の保全と合理的利用の調和を図る条例によって地下水採取を規制し、地方公共団体がその採取権限を与えることが望ましい。そのためには、各流域における地下水の保全と利用に関する施策について定めうる権限を、制定法によって地方公共団体に委ねることが要請される。³⁹⁾

なお、流域における地下水の保全と利用に関する施策の主体は、実際に地下水流に接する地方公共団体だけではなく、水循環に影響を与えうる土地が属する地方公共団体である限り、広くその主体性を認めるべきであろう。⁴⁰⁾健全な水循環系構築のためには、流域における土地と水の統合的な管理が必要とされるからである。

4 水源保護のための差止理論

(1) 差止請求の法的根拠として的人格権と水利用権限

地下水に関する最も深刻な問題は、水道の水源地における地下水の汚濁および枯渇のおそれである。この問題に対処するため、昭和29年に岩手県宮古市が「水道水源保護条例」を制定して以来、昭和60年から平成10年頃をピークとして多数の地方公共団体が同様の条例が定められてきた。その背景には、廃棄物処理施設の建設・稼働による地下水の水質汚濁および水量減少の危険性をめぐって紛争が多発したことがあげられる。実際、平成4年以降、地下水の水質汚濁

のおそれ等を根拠に廃棄物処理施設の建設・操業の差止請求を認容する裁判例が相次いで現われた。

このような廃棄物処理施設をめぐる裁判例の多くが差止請求を肯認した要因は、裁判所が水源に対する保護の必要性を認識したところにある。これらのリーディング・ケースと評される仙台地決平成4年2月28日判時1429号109頁は、飲用水・生活用水の利用者の立場から、水源保全の必要性について「適切な質の水を確保する権利」、いわゆる「浄水享受権」と権利構成して、水源を保護する理論を判示した。すなわち、その後のケースにより定着した「人格権としての浄水享受権」の概念は、「身体権としての浄水享受権」と「平穏生活権としての浄水享受権」に区分され、前者は生命・健康に危険のない質と量の飲用・生活用水を確保する権利であり、後者は適切な質と量の飲用・生活用水につき受忍限度を超えて奪われない権利であるとして、水利用者の人格権の具体的内容に言及し、それを用いて水源保護のための法理論を構築したと解することができるのである。

水質汚濁に関する差止請求の事案において、判例は、健康被害が生じる蓋然性が高い場合、つまり人格権侵害の蓋然性が高いと判断した場合には、差止請求を認める傾向にある。このような判例の立場においては、たとえ物権的権利である水利権が侵害された場合であったとしても、その侵害が人格権侵害に至っていないと判断されるならば、差止請求は否定されることになる。

人格権と水利権の侵害を審理した裁判例では⁴¹⁾、飲用・生活用のための地下水の汚濁については人格権に基づく差止請求を容認する一方で、農業用水の汚濁については水利権に基づく差止請求を否定している。すなわち、農業用水の汚濁に関しては、有害物質は水を通じて農作物に吸収され、さらにその農作物を食することによってはじめて体内に入るものであって、飲用水を日常的に直接飲むのと異なり、摂取する経路が間接的であるうえに、その量もごくわずかであることを考えると、事前の差止めを認めることはできないとして、水利権に基づく差止請求を否認するのである。

ここでは、農業水利権の侵害を問題にするのではなく、農作物を食する人の人格権の侵害を問題にしているため、権利侵害の判断基準において人格秩序と財貨秩序が交錯していることを指摘することができる。このことは、侵害行

為が人格権侵害に至っているとみるか、それとも財産権侵害にとどまっていると捉えるかが、差止請求の成否の規定的意味をもつことを示している。

裁判例は、農業用水汚濁によって水利権侵害が生じている場合にも、また、飲用水汚濁による人格権侵害のおそれがある場合でも、差止請求の成否の判断基準を一律に人格権侵害の有無に依らせている。被侵害利益の保護の要請は、財貨秩序で捉える法益侵害よりも人格秩序で捕捉するそれの方が強いことは確かである。人格秩序における法益侵害は、被侵害者の生命、身体等に直接、影響を与えるからである。このように考えると、判断基準における秩序の交錯は、水利用に関する法益の要保護性を判断するための現象として理解することができるのである。⁴³⁾

水利用に関する法益の要保護性の判断基準を財貨秩序と人格秩序の交点に求めることは、法的評価の場面において市民社会の根本的秩序が錯綜していることを表し、それが事案適合性および法的安定性を欠いた基準であることを示唆している。それゆえ、水利用に関する法益の要保護性を判断するにあたっては、水利用の用途との⁴⁴⁾関連性を意識しつつ被侵害利益を捕捉し、それが属する秩序の次元で検討する必要がある。

水質汚濁のケースにおける被侵害利益が属する秩序については、被侵害者が水源に対する水利用権限を有しているか否かが鍵を握る。すなわち、被侵害者が水源に対する水利用権限である水利権や地下水利用権（土地所有権）等を有している場合には、被侵害利益が財貨秩序に属することは明らかである。この場合には、水利用権限に物権的効力が認められるから、水質汚濁が発生する蓋然性が高いと判断されるならば、物権または物権的権利に対する侵害のおそれがあると解し、物権的請求権の行使として差止請求を容認することが可能である。

一方、被侵害者が水源に対する水利用権限を有していない場合には、いかなる秩序のもとで保護が図られるかが問題となる。前掲仙台地決平成4年2月28日以降の水質汚濁に関する差止請求の裁判例では、差止請求者が水源に対する水利用権限を有していない場合には、水道利用者の立場で差止めを請求している点に共通項を見出すことができる。⁴⁵⁾水道のエンド・ユーザーである水道利用者は、水道水源に対する水利用権限を有しないのが通常である。したがって、

このような場合には水源に対する水利用権限に基づいて差止請求できないため、水道利用者の人格権を根拠に差止めを請求せざるを得ないのである。⁴⁶⁾

差止請求の法的構成を人格権に求める判例の態度を受容したとしても、その見解は被侵害者が水源に対する水利用権限をもたない場合に限定して適用されるのではなかろうか。水道利用者のように水源に対する水利用権限をもたない者が水源汚染によって被害を受けるおそれのあるケースにおいて、はじめて水利用者自身の人格権に差止請求の論拠を求めることが許されると考えられるのである。別言すれば、水質汚濁に関する差止請求の事案において人格権に基づく差止請求が認容される場面は、水源に対する水利用権限を有しない者が差止めを請求するケースに限られるといえよう。すなわち、水利権等の水利用権限を有する場合には、人格権に依拠するのではなく物権的請求権の行使として差止請求が認容され、かかる権限がない場合に水利用者の人格権に基づく差止請求が独自の存在意義をもつことになると解するのである。⁴⁷⁾

このような考え方は、プライベート・ニューサンズとともに沿岸権（＝水利権）の侵害という理論構成によっても水質汚濁に対する差止請求を認めるアメリカ水法の立場と通底する見解であるといつてよいであろう。⁴⁸⁾⁴⁹⁾

(2) 水資源の要保護性に基づく差止請求

判例が差止請求の成否の判断基準を人格権侵害の有無に依拠させているのは、被侵害利益の要保護性を判断するための理論装置を人格権侵害の解釈に求めたからである。被侵害利益の要保護性が人格秩序における権利侵害という形をとって表れていると解されるのである。そう考えると、人格権侵害に代えて被侵害利益の要保護性そのものを前面に出し、理論構成することの有意性も検討されてしかるべきであろう。⁵⁰⁾

安全な水の確保は、人の生命、身体、健康にとって絶対的な要請である。水道法1条は、「清浄にして豊富低廉な水の供給」を図ることを直接の目的とすることによって、水道が国民の健康で文化的な最低限度の生活水準を維持し、さらにこれを向上させるために不可欠であることを宣明している。⁵¹⁾近時では、水質汚濁防止法に基づく一般的な水質保全対策では対処できない水道固有の問題に応接する「特定水道利水障害の防止のための水道水源水域の水質の保全に関

する特別措置法」、いわゆる「水道水源法」が制定され、安全な水道水の供給という絶対的要請に応えるための法整備もなされてきたところである。⁵²⁾

判例では、水道水源地の所有者に対して積極的に水源の保護義務を認めたものがある。すなわち、前掲名古屋高判平成12年2月29日は、水源地の所有者がその敷地面積に応じた地下水を涵養することによって、流域全体の水収支の均衡を保たなければならないと判示する。⁵³⁾つまり、水道水源保護条例等によって指定された水源保護地域における適正な水資源の利用にあたっては、水源地の所有者に対して地下水の採取制限のような消極的な不作為にとどまらず、地下水の涵養という積極的な作為を求める見解を示したのである。かかる見地は、水源保護地域に限られているとはいえ、水利用権限には水源の保護義務が伴うことを示唆している⁵⁴⁾と解される。

水資源は、人間にとってのみならず、生態系の維持にとっても絶対的に必要な循環資源である。不可欠性、循環性を有する水資源は、人の生命、健康や生態系を支える根源的な資源なのである。したがって、水資源をめぐる差止請求の法的根拠については、不可欠性、循環性といった水資源の性質がその保護を必然的に要請する点に着眼する必要がある。水利用に関する法益が保護に値するか否かの判断は、利用の客体である水資源そのものの性質からその保護の必要性を導き出すほうが、生態系を支える循環資源としての水の保全に適合的であると考えられるからである。

水資源の性質からその要保護性が導かれることの実質は、水資源をめぐる差止請求の成否の判断に際して、水資源の性質がその判断の基礎に置かれることにより、法秩序のなかにおいて水源および水利用権限が重要な保護法益として位置づけられることを意味する。

水利権のような水利用権限が侵害されることによって利水目的を達成できなくなるおそれがある場合は当然のことながら、水道利用者のように水源に対する利用権限がなくても、その水源に対する侵害行為によって深刻かつ不可逆な損害が発生するおそれがある場合には、不可欠性や循環性といった水資源の性質から導かれるその要保護性を論拠として侵害行為を差止めることができると解すべきであろう。要するに、水源に対して何らの権限も有していなくても、⁵⁵⁾侵害行為によってその水源に深刻かつ不可逆な損害を発生させる高度の蓋然性

がある場合には、水資源の要保護性を論拠として差止請求を認容することができるのである。⁵⁶⁾

(3) 流域における水秩序

水資源の要保護性を根拠とした差止請求の理論においては、何に基づいてその要保護性を判断すべきであろうか。それは、流域における水秩序⁵⁷⁾に基づいて判断されると考えられる。要するに、水に関する地域のルールにしたがって決められるのである。

差止理論において地域性を重視して法的根拠を考察する主要な学説は、環境共同利用権説、環境秩序説、公私複合利益説である。第1に、環境共同利用権説は、従来から主張されている環境権についてその公共的性質に適合する理論を展開し、それを「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」として再構成する。⁵⁸⁾そして、同権利は、「大気、水ないし地盤という個々の環境要素を共同で利用する権利」および「総体たる自然環境を共同利用する権利」に類型化でき、環境共同利用権の具体的な内容および方法については、地域性を重要視して、従来からの慣行によって地域ごとに特定されると説く。また、権利者の範囲についても、環境要素の利益を享受する共同利用権の主体は「対象である一まとまりの地域の住民」等であり、自然環境に関する共同利用権のそれは「自然環境をある程度以上利用している者」であるとする。したがって、当説は、権利の客体である環境を地域的に限定し、その主体も環境利用者の視点から制約しているといえよう。⁵⁹⁾

第2に、環境秩序説は、市民社会における基本的諸秩序の体系を構想する広中理論に基づいて法秩序違反を根拠とする差止理論を提示する。広中理論は、個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組みを人格秩序と称し、その外郭秩序として生活利益秩序を措定する。⁶⁰⁾外郭秩序においては法的保護に値する法益を権利という形で構成できないため、公私峻別論が適合しない領域であり、当領域では公法と私法の協働（公私協働）を追求するため、秩序違反を根拠とする差止めを認めることによってその公共的性格を発現させることが可能になるといえる。⁶¹⁾また、本説のいう環境秩序は、生活利益秩序の一部

をカバーし、都市計画法等の実定法規によるものだけではなく、地域住民による自主的な土地利用ルール等の地域的ルールも包摂されるべきであり、このように環境秩序が形成された場合には、当秩序に対する違反を論拠として差止めが容認されるとするのである。そして、外郭秩序における地域的ルールは、一定の範囲の市民によって下から形成されるものでもあるため「市民的公共性」と称し、私的利益の侵害を根拠にした請求の背後にはこのような公共的利益が控えている構造を理解しなければならないと説く。⁶²⁾

第3に、公私複合利益説は、環境に関わる権利・利益パラダイムを維持する観点から、環境秩序説がいう市民的公共性を地域の多数の者の利益である「地域的利益」に組み換え、差止めの成否の判断の際に原告側に有利な要素として用いることができるとする。そして、①受動的な環境「享受」利益しかない場合には差止めも認められうるが、②能動的な環境共同「利用」利益（＝地域的利益）がある場合には、能動的な関わりがあるため①よりも差止めが容認されやすい。また、③環境共同利用利益が慣習上の権利（＝環境共同利用権）となっている場合は原則として差止めが認められると論及する。⁶³⁾

上述の各説は、地域性に関してつぎのように言説する。環境共同利用権説は、当該権利の具体的な内容および方法について従来からの慣行によって地域ごとに特定されるとする。環境秩序説は、実定法規だけではなく、地域住民による自主的なルールである地域的ルールも秩序を形成すると解する。さらに、公私複合利益説は、地域の多数の者の利益である地域的利益および慣習上の権利を前面に出して論を展開する。権利・利益パラダイムの枠内で地域性を捉えるか、またはそれを超えて地域性を捕捉するかという差異があるものの、これらの諸説は地域に焦点をあて、当該地域における権利・利益または秩序を観念している点において共通した要素を有するといえよう。

水に関する権利利益体系については、水資源の利用（利水）において主に問題とされるが、その考察にあたっては、治水および水環境の観点とともに、降雨等の天候の影響も考慮されねばならないという特性を認識する必要がある。とくに、天候や治水の視座から水利用や水環境の保護が制限、調整される場合があることは、他の資源の利用と比べて特殊な条件が付加されていると考えられる。それゆえ、治水、利水、水環境の全領域にわたる水に関する秩序によつ

てその権利利益体系を補完する要請があるといっても過言ではない。要するに、水利権等の水に関する権利または利益は、当該流域における水秩序の範囲内において行使または享受することができるのである。そう考えると、水資源の要保護性は、当該流域における水秩序に基づいて判断されなければならないと解されるのである。

5 水資源をめぐる公と私

(1) 流水の公共性と排他的利用

河川の流水を旧民法にいう「公共物」と解し、他方で地中の流水である地下水に土地所有権の効力が及ぶと捉えるならば、両者の考え方を接合するための、水の流動性や水循環を前提とした法理論が必要となる。

また、河川法2条2項により私権の目的とはならない河川の流水は、「公共物」として自由に使用できるが（一般使用）、その流水を継続的、排他的に使用してきた慣行が存在するか、または河川管理者から流水占用の許可を受けることによって、財産権としての水利権が成立することになる。このように「公共物」である河川水を私人が排他的に利用できるとする解釈についても、水循環を前提とした考察がなされなければならない。

この点につき、判例は、河川水を排他的に利用できる権利の性質、つまり水利権の性質をいかに解するかという問題として捕捉し、東京高判昭和35年10月14日民集16巻4号778頁において、つぎのように判示する。すなわち、

「流水使用权の性質については公権説私権説の両説があり、（中略）公権説は権利の形式に着目し、私権説は権利の内容に着目したものであつて、いずれにしろその一面的把握であることを免れず、公水使用权の本質について私権説をとるにしても私権たる水利権が公共的規律をも同時に受けるという公権私権の重畳性が指摘さるべきである。」

判例のいう公権私権の重畳性について、河川実務では、水利権は流水の使用を他のすべての者に対して保護するための権利（物権的財産権）であると解し、水利権者と河川管理者以外の者との法律関係は私法関係であるから、そこに成立する水利権の基本的性質は私権であると捉えるとともに、河川法上は、水利

権は河川管理者の許可によって設定され、その権利としての反面、流水占有料の納付等の公法上の義務を負担する等の点は、水利権が河川管理者との関係においては公権たる性質を有するから、結局、水利権は私権と公権との二面性を有する権利であると解している。⁶⁴⁾

水利権の性質をいかに解するかという議論の基底には、水資源の性質をどのように理解するかという問題とともに、「公共物」である流水につき、いかなる解釈で私人が排他的に利用できるとするか、という問題が存在すると考えられる。これらの課題は、水資源のもつ公と私の側面をどのように捉えるかという論点に収斂することができるといえよう。

水資源を公と私の視座から捕捉する考え方の典型は、公水私水区分論にみることができる。判例および学説は、水利権について公水を使用する権利であると解する。⁶⁵⁾このような見解にしたがえば、公水ではない水、いわゆる私水については水利権が成立する余地はない。公水のみが水利権の対象となるとするならば、水利権の成立に関しては水の性質決定が規定的な意味をもつことになる。すなわち、水の性質が公水と判断されるならば、土地所有権の効力から切離された水利権が成立する可能性があるが、私水と解されるならば、その水の利用権限は土地所有権の効力に包摂されるのである。

これを利水者の立場から捉えると、水の性質が公水ならば、それを取水するためには河川管理者から流水占有の許可を得なければならないが、他方、それが私水ならば、土地所有者がそれを採取できるということになる。すなわち、水の性質が私水であるならば、土地所有者が自由に採取でき、公水であるならば、河川管理者から許可水利権を取得しなければならないというのである。要するに、公水か私水かという水の性質決定によって、採取の可否が判断されるのである。

このような視点から流水を観察すれば、水が河川に流れているときは公水であるから勝手には取水できないが、それが地下水となれば私水であるから土地所有者が自由に使えるようになり、その後、水が再び河川に流れ込んだら、また公水に戻り任意には取水できなくなると解される。かかる考え方は、水資源の存在形態によって水の法的性質が変容することを意味している。このように水の性質を公水と私水で区分する理論は妥当であろうか。⁶⁶⁾

水循環の過程にある水資源をある地点で切り取って、公水か私水かを論じ、それによって水を採取できるか否かを決める見地が水循環の概念に適合するかについては、検討の余地があると思われる。⁶⁷⁾そこで、公水私水の区分に依らない、水循環により適った水資源の性質について考察することを試みたい。

(2) 水資源の公共性と水利用権限の私権性

水循環を前提とした水資源の性質を捉えるためには、そのコア（中核）部分には公共性が存するとの認識が不可欠である。公共性とは、不特定多数の市民に開放され、不特定多数の市民の近接が可能であることであり、換言すれば、独占的または排他的な性格を有しないことである。⁶⁸⁾河川の流水については、旧民法にいう「公共物」と解することによりその公共性を把握することができるが、土地所有者が採取できるとされる地下水については、その公共性をどのように捕捉すればよいのであろうか。

地下水は同一の地下水流が存する土地の所有者によって共同で利用されなければならないが、このような地下水の共同利用のあり方は、健全な水循環を損なわないように地下水を利用しなければならないという規範に含意されている。そして、健全な水循環を損なわないという制限は、前述したように地下水利用権限の基盤である土地所有権に内在する制約と解することができる。したがって、地下水の公共性は、土地所有権の内在的制約としての健全な水循環の確保という要請に反映されていると考えられるのである。

それでは、中核部分に公共性が存する水資源について、どのような理論によって私人がそれを排他的に利用（採取）することができるのであろうか。それは、水のコア部分には公共性があるが、水利用権限に基づく私的支配の領域に水が到達したときには、その公共性に水利用権限の私権性が覆い被さることにより排他的に利用できるようになるという解釈によって可能となる。なぜなら、水利用権限に基づく私的支配の領域に水が達することによって、水が排他的に利用可能な状態となるからである。⁶⁹⁾すなわち、水資源の中核部分には常に公共性が据えられており、流水がその利用権限に基づく私的支配の領域に達することで、水利用権限の私権性が公共性を包み込み、その排他的利用が可能となるが、流水が河川に戻るとその私権性が剥がれ、コアにある公共性が露頭すると思考

するのである。

詳述すれば、流水が、直接一般公衆の共同使用に供される公共用物である河川の領域内に存するならば、旧民法の定める「公共物」としてその中核部分の公共性が現出しているが、その流水の利用が慣習もしくは占有許可によって法的に承認され（水利権の成立）、または土地所有権の効力が及ぶ地下水となった場合には、その利用権限に基づく私的支配の領域に流水が達すると、その公共性に水利権限の私権性が覆い被さることにより、流水を排他的に利用することができる。そして、その私的支配の領域から流水が脱し、河川に還流すると、私権性が剥取られ、中核部分の公共性が露顕し、再び「公共物」に戻るようになるのである。すなわち、水の公共性に対する水利権限の私権性の被覆が水の排他的利用をもたらし、その剥離によって水の公共性が露顕されると捕捉できるのである。

かかる視座から水循環を分析すれば、水資源の中核部分には公共性が存在し、それが水利権限の私権性で覆われ、後にその私権性が剥がれると、再び公共性が現出するというサイクルが水循環であると解される。水資源の公共性と水利権限の私権性の関係をこのように捉えることは、水循環を前提とした水資源の法的性質について解明したことにもなろう。要するに、水資源の性質の観点から水循環をみれば、水資源の中核部分に存在する公共性の露顕と水利権限の私権性の被覆が繰り返されることと表現することができるのである。

6 むすびにかえて

水資源のもつ公的側面は、法律上、河川の流水につき私権を排除した河川法2条2項によって表出されている。その具体的内容は、河川の流水を旧民法の定める「公共物」と解し、何人の所有にも属せず、すべての人が使用することができることと捉えることによって説示される。このような考え方は、健全な水循環系の構築にとって適格的であり、生態系の保全にも通底する思考であるといえよう。

一方、私権の対象となる土地との関係が水資源の私的側面を表している。水循環は土地の存在を前提として成り立っているうえ、水の受け皿としての土地

との関係性を軽視して水資源の保全と利用のあり方を考察するわけにはいかない。水利用は常に土地の利用のうえに成立しており、この関係を議論の根底に据えることが肝要であると考えるのである。

土地と水資源の相互関係のなかで最も密接に関連するのは、土地と地下水の関係である。地下水は水循環の過程のなかで、地中の水脈として水循環の健全性を支える主役的な役割を果たしている。このような地下水は土地の流動的構成部分であると解され、その利用については継続的に採取されたとしても地下水障害が生起されることなく、健全な水循環が確保されることを第一義とされねばならない。したがって、健全な水循環を損なうような地下水の利用をしてはならないという規範が導き出されるのである。

そして、かかる規範は、地下水利用権限の基盤である土地所有権に内在する制約として捕捉されるとともに、地下水の公共性を反映していると理解することができる。地下水利用と土地所有権との関係をこのように解する立場は、土地と水は統合的に管理されるべきであるとする統合的土地・水資源管理の基礎理論としても妥当なものであると考えられるのである。

水資源の保全において、水源の保護は重要な地位を占める。近時においては、裁判所も水源に対する保護の必要性を認識するにいたっている。人の生存と健康の維持に不可欠である安全な水の確保が絶対的要請であるとするならば、この要請は飲用水や生活用水の利用権限の保護とともに水源の保護の必要性をも導出し、それらを結合させたものが水資源の要保護性として捉えられる。すなわち、水資源の法的保護のあり方として、水利用権限を重要な保護法益と解しそれに基づく水利用を保護するとともに、地表の水循環の起点である水源の保護をその中心に置くことによって、水資源の保全と利用に関する法制度の構図を描くべきであろう。

流水採取の可否を判断するための水の性質決定論である公水私水区分論は、ある地点での水の性質を問題とするため、水循環を念頭に置いた理論とは言い難い。水資源の保全と利用のあり方を考察するにあたり重要なことは、水循環を前提とした法理論であり、それは水資源の公共性をその核心に据えることによって構築できるといえるのである。

一般公衆の自由な使用が認められる河川の流水がもつ水資源の公共性と、水

を排他的に利用できるという水利用権限の私権性の関係について、中核部分に公共性が存する水資源がその利用権限に基づく私的支配の領域に到達したときには、その公共性に水利用権限の私権性が覆い被さると解釈することによって、水資源を利用することができると考えられる。すなわち、流水がその利用権限に基づく私的支配の領域に達することで、利用権限の私権性が流水の公共性を包み込み、その排他的利用が可能となると解されるのである。

このように考えると、水資源の公共性に対する水利用権限の私権性の被覆が水の排他的利用をもたらし、その剝離によって水資源の公共性が露顕されるサイクルを、水資源の性質の観点からみた水循環の法的表現であると説示することができる。かかる見解は、水循環のなかにおける水資源の性質とその利用権限の私権性の関係を解明したものであり、水循環を前提とした水資源の保全と利用に関する法制度を支える基礎理論として位置づけられるとともに、健全な水循環系の構築と合理的水利用の調和を図る施策の基盤に必要な法理論であると考えられるのである。

注

- 1) 健全な水循環系構築に関する関係省庁連絡会議は、平成11年に「健全な水循環系構築に向けて（中間とりまとめ）」を発表し、このなかで健全な水循環系の定義に言及する。しかし、この定義における「適切なバランス」とはいかなる状態であるかについては、十分な検討が必要であると指摘されている。
- 2) 国土交通省土地・水資源局水資源部編『平成22年版日本の水資源 — 持続可能な水利用に向けて —』（海風社、2010年）131頁。
- 3) 健全な水循環系構築に関する関係省庁連絡会議は、平成15年に「健全な水循環系構築のための計画づくりに向けて」を取りまとめている。
- 4) ユスティニアヌス帝ローマ法学提要2-1-1は、このような例を挙げる。船田亨二『ローマ法第2巻』（岩波書店、1969年）318頁参照。
- 5) ここにいう「公共物」概念は、旧民法における「公共物」であって、行政法学説で講じられる公共物とは異なることに注意を要する。詳細は、拙稿「水資源の管理と分配に関する基礎理論の検討 — 水利権の法的性質を中心として —」創価法学38巻3号（2009年）115頁以下参照。
- 6) 地下水の法的性質に関する判例および学説については、拙稿「土地所有権と地下水法 — 地下水の法的性質を中心として」稲本洋之助先生古稀記念論文集『都市と土地利用』（日本評論社、2006年）47頁以下が詳細である。
- 7) 末弘巖太郎『物権法上巻』（有斐閣、1921年）372-373頁は、地下水の問題の重要性を認識し、最も早く物権法体系のなかに地下水利用の理論を位置づけたと考えられる。

- 8) たとえば、金沢良雄＝三本木健治『水法論』(共立出版、1979年)163頁〔三本木〕等が挙げられる。
- 9) 小川竹一「土地所有権と地下水利用権」島大法学47巻3号(2003年)31頁等。
- 10) 大塚直「土壤汚染対策法の法的評価」ジュリスト1233号(2002年)19頁。
- 11) 拙稿・前掲注6)61頁。
- 12) 遠藤浩「地中の鉱物・地下水(1) — ささやかな法的構成についての試論 —」法曹時報28巻5号(1976年)7頁。
- 13) 未掘採鉱物の掘採と同様に解釈すると考える。
- 14) 拙稿・前掲注6)63頁。
- 15) 水道の水源地を100%地下水に頼っている熊本地域は、「地下水保全条例」で地下水を公水(市民共通の財産としての地下水)と定めて、地下水保全対策を推進し、地下水の保全と合理的利用の調和を図っている。当該地域では、地下水の流動システムを解明することによって、地下水がある程度管理可能な状態になっている点が重要である。
- 16) 土地所有者間における地下水の共同利用の考え方と着眼を同じくする学説があることにつき、拙稿・前掲注6)56-57頁参照。
- 17) 拙稿・前掲注6)63頁。
- 18) アメリカの相関権のルールについては、拙稿「アメリカ水法における地下水の利用ルール」創価法学30巻2=3号(2001年)156頁以下参照。
- 19) 拙稿・前掲注6)62頁。
- 20) 拙稿「地下水の利用と保全の法理 — 健全な水循環の確保の視点から —」創価法学36巻3号(2007年)7頁。
- 21) Integrated Water Resource Management.
- 22) 統合的水資源管理においては、国連環境開発会議(UNCED)で承認されたダブリンーリオ原則(UNCED原則)が重要な地位を占める。当該原則は、水には多様な用途があり、水と土地は統合的に管理されねばならない等と解釈されている。
- 23) Integrated Land and Water Resources Management.
- 24) 統合的土地・水資源管理の目的は、UNCED原則を網羅している。
- 25) Ian R Calder, *Blue Revolution: Integrated Land and Water Resource Management*, 2nd ed., 2005, p. 268. イアン・カルダ著、蔵治光一郎＝林裕美子監訳『水の革命 — 森林・食糧生産・河川・流域圏の統合的管理 —』(築地書館、2008年)200頁。
- 26) 櫻井敬子「流域管理の法的課題」河川2001年3月号13頁は、法概念としての「水循環」が流域における土地利用規制の正当性の論拠として機能しうると言及する。
- 27) 大須賀明『「宣言法」とは何か』日本土地法学会『借地借家法の改正・土地基本法』(有斐閣、1990年)209頁によれば、土地基本法は、宣言法であるため、法的拘束力がなく、裁判規範としての性格を有しないにもかかわらず、他の法律の解釈基準となり、裁量の指針となることにより、立法部・行政部・地方自治体等の行動の強力な指針となり、場合によっては事実上の拘束力さえもつ場合があると論述する。
- 28) 本条は、政府原案の段階では、「土地については、公共の福祉のため、その特性に応じた公共的制約が課されるものとする」とされていたが、衆議院の土地問題特別委員会の審

- 議の結果、「公共の福祉を優先させる」と修正された。政府原案では、「公共的制約」とされていた点は興味深い。公共の福祉優先と公共的制約は表裏の関係にある。公共の福祉優先といっても、それが優先される分だけ財産権が制約されることになるからである。
- 29) 土地の特性の指摘のあとに公共の福祉優先を宣明した法律として、ほかに昭和49年に制定された国土利用計画法が存在する。
- 30) 藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き — 『土地についての公共の福祉優先』とは何か —」『行政法の基礎理論下巻』（有斐閣、2005年）324頁。
- 31) 藤田・前掲注30）327 - 328、340頁。
- 32) 稲本洋之助＝小柳春一郎＝周藤利一『日本の土地法 — 歴史と現状』（成文堂、2004年）178頁も、同様の立場をとると考えられる。
- 33) 中山充『環境共同利用権 — 環境権の一形態 —』（2006年、成文堂）291頁。
- 34) 吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000年）444頁。
- 35) 拙稿・前掲注20）9頁。
- 36) 村岡浩爾「総説：21世紀の水循環」環境研究137号（2005年）12頁。近時では、河川や湖沼そのものを対象にするのではなく、流域を含む区域を対象とした水管理の仕組み（流域管理）を再構築することが課題となっている。
- 37) 経済協力開発機構編、環境省総合環境政策局環境計画課監訳『新版OECDレポート：日本の環境政策』（中央法規出版、2002年）218頁。
- 38) 国土庁長官官房水資源部「今後の地下水利用のあり方に関する懇談会中間報告」（2000年）102頁。
- 39) 拙稿・前掲注20）10頁。
- 40) 櫻井敬子「水法の現代的課題 — 環境、流域、水循環 —」塩野宏先生古稀記念論文集『行政法の発展と変革下巻』（有斐閣、2001年）722頁。水制度改革国民会議が、「水循環基本法要綱案」において、統合的管理主体として地方公共団体の連合組織である流域連合の設置に言及している点は、この考え方を具体化したものと評することができる。
- 41) たとえば、熊本地決平成7年10月31日判時1569号101頁、水戸地決平成11年3月15日判時1686号86頁、千葉地木更津支判平成17年5月12日判タ1198号230頁等が挙げられる。詳細は、拙稿「水資源の保護と差止請求（2・完） — 水質汚濁に関する差止請求の判例分析を中心として —」創価法学39巻3号（2010年）53頁以下参照。
- 42) 市民社会の根本的秩序である人格秩序については、広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』（創文社、2006年）13頁以下、財貨秩序については、同3頁以下参照。
- 43) 拙稿・前掲注41）58頁。
- 44) 水利用の用途は被侵害利益の種類・性質と密接に関係している点に着目すべきである。
- 45) 拙稿・前掲注41）58頁以下は、水利用の権限を有する者からの差止請求のケース（利用権限者型）と、水道水の利用者からの差止請求のケース（水道利用者型）の2つの類型に区分し、水質汚濁に関する差止請求の裁判例について類型化を試みる。
- 46) 水道利用者は、財貨秩序で捉えられる法益を全く有していないわけではない。水道法15条は、水道利用者に対して常時水を供給しなければならないとして、水道事業者の給水義務を定める。したがって、水道利用者は、水道事業者の給水義務に対応する給水を受ける権利（給水権）について観念することができる。このような給水権は、水道事業者に対し

- て適切な量と質の水を供給するように請求しうる権利（債権）であるから、水道利用者自らが水道水源の汚染者に対して物権的請求権を行使することはできない。つまり、水道水源に対する水利用権限をもたない水道利用者は、水道水源の汚染者に対し直接的に給水権に基づいて差止めを請求することができないのである。
- 47) 拙稿・前掲注41) 59 - 60頁。
- 48) 沿岸主義を何らかの形で採用する法域に限られた見地であることに留意を要する。
- 49) 拙稿「アメリカ水法におけるニューサンスと沿岸権侵害の関係性 — 水質汚濁に対するコモン・ロー上の法的救済の理論をめぐって —」創価法学40巻2号（2010年）135頁以下参照。
- 50) 拙稿・前掲注41) 63頁。
- 51) 厚生省水道環境部水道法研究会『水道法逐条解説』（1983年、日本水道協会）70頁。
- 52) 環境庁水質保全局『逐条解説水道水源法』（1994年、中央法規）39頁以下参照。
- 53) 本判決の評釈として、牛嶋仁「判批」地方自治判例百選〔第3版〕別冊ジュリスト168号（2003年）66頁以下、拓植一郎＝新井幹久「判批」判例地方自治212号（2001年）4頁以下、磯崎初仁「判批」Indust18巻6号（2003年）25頁以下がある。
- 54) 拙稿・前掲注41) 64頁。
- 55) 水源に対する水利用の権限までもっていないなくても、その水源からの水を利用する利益を享受している必要はあると解される。
- 56) 拙稿・前掲注41) 65頁。
- 57) ここにいう秩序は、法秩序ではなく、水のガバナンス（秩序形成）でいうところの秩序を意味するものである。
- 58) 中山・前掲注33) 111頁。
- 59) 中山・前掲注33) 287 - 290頁。
- 60) 広中・前掲注42) 13頁以下参照。
- 61) 吉田克己「景観利益の法的保護 — 《民法と公共性》をめぐって —」慶應法学3号（2005年）106頁は、差止めの効果は請求者だけでなく他の人にも及ぶから、公共的性格を有することになると言及する。
- 62) 吉田・前掲注61) 89 - 92、106頁。
- 63) 大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL936号（2010年）48頁、同「環境訴訟と差止の法理 — 差止に関する環境共同利用権説・集団利益訴訟論・環境秩序説をめぐって」平井宜雄先生古稀記念論文集『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）732 - 734頁。
- 64) 建設省河川法研究会編『河川法逐条解説』（全国加除法令出版、1984年）137頁。現在では、公権と私権の二面性を認めることに異論はなく、公権性と私権性のどちらが優位であるかという点に問題が移行してきている。
- 65) 学説では、たとえば金沢良雄『水法』（有斐閣、1967年）81頁等。実務の立場からも、「水利権は河川の流水を含む公水一般を、継続的、排他的に使用する権利と定義することができる。」と解説されている（水利権実務研究会編『新訂水利権実務一問一答』（大成出版社、2005年）21頁）。
- 66) 公水私水区分論に対する批判については、拙稿・前掲注5) 107頁以下が詳細である。

- 67) 東京地下水研究会編『水循環における地下水・湧水の保全』（信山社サイテック、2003年）222頁は、「場の視点」から「流れの視点」への発展が必要であると論及する。
- 68) 吉田・前掲注61）90頁。
- 69) 渡辺洋三著、北條浩＝村田彰編『慣習的権利と所有権』（御茶の水書房、2009年）162頁は、水利権について「特定の水利施設物をつうじて利用可能となった一定の水に対する支配権」と解し、「水利施設物をつくることによって、水を人間にとって利用可能なものときせたから」、水が特定の人の排他的支配に服することになると説述する。
- 70) 河川の流水をめぐる河川法2条2項の私権排除とその排他的利用の関係については、河川の流水は、それが水利権限に基づく私的支配の領域に達した時点で一般公衆の共同使用に供される状態から離脱し、河川水の範疇の外に位置づけられるとの解釈によって整合を図ることができる。

【付記】 本稿は、2010年度科学研究費補助金（基盤研究C、課題番号21530098）による研究成果の一部である。